Deutscher Bundestag **Drucksache 16/5370**

16. Wahlperiode 16. 05. 2007

Gesetzentwurf

des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie

A. Problem und Ziel

Moderne Entwicklungen in der Gendiagnostik ermöglichen heute, mit genetischem Vergleichsmaterial des biologischen oder rechtlichen Vaters und des Kindes eine zuverlässige genetische Abstammungsuntersuchung durchzuführen. Da als genetische Proben leicht zu gewinnende Körpersubstanzen, wie Spuren von Speichel oder Haare, genügen, werden derartige Tests von zweifelnden Vätern bei Genlaboren ohne Zustimmung des Kindes oder der Mutter in Auftrag gegeben.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 12. Januar 2005 entschieden (XII ZR 60/03 und XII ZR 227/03, FamRZ 2005, 342), dass eine auf diese Weise heimlich eingeholte DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nicht verwertbar ist. Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13. Februar 2007 (1 BvR 421/05, NJW 2007, 753) bestätigt. Zugleich hat es dem Gesetzgeber jedoch aufgegeben, bis zum 31. März 2008 eine gesetzliche Regelung zur isolierten Feststellung der Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater zu treffen, da zu dem grundrechtlich garantierten Anspruch des Mannes auf Kenntnis der Abstammung eines ihm rechtlich zugeordneten Kindes auch die Verwirklichung dieses Rechts durch ein geeignetes Verfahren gehöre. Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung dieser Forderung.

B. Lösung

Den nach bürgerlichem Recht anfechtungsberechtigten Personen wird ein Rechtsanspruch auf Durchführung der gendiagnostischen Abstammungsuntersuchung eingeräumt. Dieser Rechtsanspruch richtet sich auf Einwilligung in den Test und auf Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe. Der Anspruch richtet sich gegen das Kind oder die andere Vergleichsperson, bei denen die genetische Probe gewonnen werden muss. Das minderjährige Kind wird durch die Sorgeberechtigten vertreten. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge kann das Familiengericht auf Antrag dem anderen Elternteil die Entscheidung über die Einwilligung in die Untersuchung und die Gewinnung der hierfür erforderlichen Probe übertragen, wenn sich die Eltern über die Durchführung der Untersuchung nicht einigen können. Beim allein sorgeberechtigten Elternteil soll das Familiengericht die Einwilligung ersetzen können. Das Verfahren vor dem Familiengericht folgt den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist damit flexibel und unbürokratisch. Das Familiengericht kann Anordnungen zur Durchführung der Untersuchung treffen oder bei erheblichen Einwendungen,

insbesondere einer konkreten Gefährdung des Kindeswohls, zunächst von der Übertragung der Entscheidungsbefugnis bzw. der Ersetzung der Einwilligung absehen. In den seltenen Ausnahmefällen, in denen der Anspruch gerichtlich gegen einen Volljährigen durchgesetzt werden muss, entscheiden die Zivilgerichte.

C. Alternativen

Keine

Die bloße Legalisierung des Gentests ohne Zustimmung (vgl. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Abstammungsuntersuchungen – Antrag des Landes Baden-Württemberg – Bundesratsdrucksache 280/05) ermöglicht dem zweifelnden Vater nicht, später verwertbare Testergebnisse zu erzielen. Der Test kann nicht nach den anerkannten Regeln für gendiagnostische Untersuchungen durchgeführt werden, weil schon die Entnahme der Genprobe nicht dokumentiert werden kann. Eine bloß prozessuale Lösung, die die Anforderungen an die Anfechtungsklage senkt, zwingt den Vater in ein Abstammungsverfahren, das von vornherein auf Auflösung des verwandtschaftlichen Bandes zielt.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

I. Bund

Die Regelung verursacht keine unmittelbaren Haushaltsausgaben.

II. Länder und Kommunen

Die Haushalte der Länder werden geringfügig mit den Kosten für etwa anfallende familiengerichtliche Verfahren – einschließlich der Vergütung für eventuell zu bestellende Verfahrenspfleger bei Mittellosen – belastet.

E. Sonstige Kosten

Der Wirtschaft und den sozialen Sicherungssystemen entstehen keine Kosten. Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten. Die Möglichkeit eines preisgünstigen privaten Tests spart den Familien Gerichts- und Sachverständigenkosten.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

EU 2007 DE

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Berlin, 16. Mai 2007

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 3 des Grundgesetzes den vom Bundesrat in seiner 832. Sitzung am 30. März 2007 beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Die Auffassung der Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf ist in der als Anlage 2 beigefügten Stellungnahme dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Angela Merkel

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 1600e folgende Angabe eingefügt:

   „§ 1600f Anspruch auf gendiagnostische Abstammungsuntersuchung“.

2. Nach § 1600e wird folgender § 1600f eingefügt:

   „§ 1600f
   Anspruch auf gendiagnostische Abstammungsuntersuchung

   Eine anfechtungsberechtigte Person im Sinne von § 1600 hat einen Anspruch gegen das Kind auf Einwilligung in eine gendiagnostische Abstammungsuntersuchung und auf Gewinnung einer hierfür erforderlichen genetischen Probe nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft. Die Mutter und das Kind haben den Anspruch auch gegen die andere anfechtungsberechtigte Person, wenn deren Mitwirkung bei der Untersuchung erforderlich ist.“

3. § 1628 wird wie folgt geändert:

   a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

   b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

      „(2) Das Familiengericht überträgt einem Elternteil auf dessen Antrag die Entscheidung über die Einwilligung in eine gendiagnostische Abstammungsuntersuchung und die Gewinnung der hierfür erforderlichen genetischen Probe nach § 1600f, wenn sich die Eltern über die Durchführung der Untersuchung nicht einigen können. Es kann die für die Durchführung der Abstammungsuntersuchung und Probengewinnung erforderlichen Anordnungen treffen.“

4. Dem § 1629 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

   „Ist ein Elternteil allein sorgeberechtigt, ersetzt das Gericht im Falle einer Entscheidung nach § 1600f dessen Einwilligung; § 1628 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

5. In § 1673 Abs. 2 Satz 3 wird nach der Angabe „§ 1628“ die Angabe „Abs. 1“ eingefügt.

Artikel 2

Inkrafttreten

Das Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

I. Allgemeiner Teil

Die modernen Möglichkeiten der Gendiagnose erlauben es heute, mit genetischen Proben die Abstammung mit der erforderlichen Sicherheit zu klären. Hierfür genügen beispielsweise Haare oder Speichelreste. Deshalb greifen vor allem an ihrer Vaterschaft zweifelnde Väter zur Möglichkeit des privaten Gentests, den Genlabore anbieten, ohne vorher die Zustimmung des Kindes einzuholen.

Derartige Tests verschaffen zweifelnden Vätern zwar zunächst Klarheit; sie sind aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich nicht verwertbar. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 12. Januar 2005 in zwei Verfahren (XII ZR 60/03 und XII ZR 227/03, FamRZ 2005, 342) entschieden, dass eine heimlich eingeholte DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nicht verwertbar ist. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass ein solches Gutachten zur Darlegung von Umständen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von dem als Vater geltenden Mann zu wecken, nicht geeignet sei. Die heimliche DNA-Untersuchung verstoße gegen das Grundrecht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung. Die Untersuchung und Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters greife in das durch Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) verbürgte Persönlichkeitsrecht des Kindes ein. Das Interesse des Vaters an der Kenntnis der Abstammung überwiege nicht. Dies führe dazu, dass die heimlich veranlasste DNA-Vaterschaftsanalyse rechtswidrig und im Vaterschaftsanfechtungsverfahren gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar sei.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13. Februar 2007 (1 BvR 421/05, NJW 2007, 753) bestätigt. Das Bundesverfassungsgericht hat aber zugleich anerkannt, dass einem Mann als Ausformung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG nicht nur ein Recht auf Kenntnis der Abstammung eines ihm rechtlich zugeordneten Kindes zustehe, sondern auch auf Verwirklichung dieses Rechts; der Gesetzgeber habe es unter Verletzung dieses Grundrechtsschutzes unterlassen, eine gesetzliche Regelung zur Feststellung der Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater zu treffen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber daher aufgegeben, die Rechtslage bis zum 31. März 2008 durch eine verfahrensrechtliche Regelung in Einklang mit dem Recht auf Kenntnis der Abstammung zu bringen. Dabei hat es diesen Gesetzentwurf in seiner zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Fassung als eine mögliche Verfahrensgestaltung ausdrücklich erwähnt.

Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Regelung hat sich an folgenden Grundsätzen zu orientieren:

– Der gesetzlichen Regelung muss ein angemessener Ausgleich zwischen den berührten Grundrechten der Beteiligten zu Grunde liegen. Nicht angemessen ist eine Abwägung, die einseitig die Interessen des Kindes oder des Vaters in den Vordergrund rückt.

– Die Lösung muss einen rechtlich verwertbaren, privat in Auftrag gegebenen und nach den anerkannten Regeln der Gendiagnose de lege artis durchgeführten Test ermöglichen, der dann als Entscheidungsgrundlage für ein weiteres Vorgehen des Vaters dienen kann, wenn dies gewünscht ist.

– Die Lösung muss auf Konsens in der Familie zielen und die Dialogbereitschaft in der Familie fördern. Nur so kann sie familienerhaltend wirken.

– Die Regelung muss sich derzeit auf den außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens privat in Auftrag gegebenen und von einem privaten Genlabor durchgeführten Test beschränken. Sie betrifft einen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik gendiagnostischer Untersuchungen am Menschen und behält Bestimmungen über Zulässigkeit und Durchführung eines Tests ohne Zustimmung der Beteiligten dem geplanten Gendiagnostikgesetz vor. Der legal erlangte Test kann in einem gegebenenfalls nachfolgenden Vaterschaftsanfechtungsverfahren verwendet werden, weil ein Beweisverwertungsverbot nicht mehr greift. Ob darüber hinaus die Schwelle der Schlüssigkeitsprüfung als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Vaterschaftsanfechtungsverfahren gesenkt werden muss, sollte im Zusammenhang mit der anstehenden Neuordnung des familiengerichtlichen Verfahrens erörtert werden. Hier sollte auch geklärt werden, ob und inwieweit im Anfechtungsverfahren verstärkt das Interesse des Kindes am Erhalt seiner rechtlichen und sozial-familiären Zuordnung zu wahren ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2007 – 1 BvR 421/05 –, a. a. O.).

Der Anspruch auf Durchführung einer gendiagnostischen Abstammungsuntersuchung greift in das Persönlichkeitsrecht des Kindes, insbesondere in dessen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG) ein. Der Eingriff ist verhältnismäßig. Er ist erforderlich, um den Belangen der anfechtungsberechtigten Personen Rechnung zu tragen. Der Wunsch eines Mannes nach Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt, betrifft sein von Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG geschütztes Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2007 – 1 BvR 421/05 –, a. a. O.). Ebenso wird der Mutter des Kindes ein Anspruch auf Durchführung der Abstammungsuntersuchung zuerkannt, um ihr verfassungsrechtlich verbürgtes Persönlichkeitsrecht zu gewährleisten.

Ein Verfahren, das das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Kindes in geringerem Umfang tangieren würde, steht nicht zur Verfügung. Die Anfechtungsberechtigten können nicht darauf verwiesen werden, die Abstammungsuntersuchung gegebenenfalls ohne Kenntnis des Kindes durchzuführen. Ein derartiger Test verletzt, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, das Persönlichkeitsrecht des Kindes. Im Übrigen wäre ein solcher Test weder hinreichend zuverlässig noch in einem etwaigen Abstammungsprozess verwertbar.

Der Anspruch der Anfechtungsberechtigten auf Durchführung der Abstammungsuntersuchung kann nicht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft oder auf bestimmte Fallgruppen beschränkt werden. Insoweit lassen sich keine geeigneten Kriterien finden. Außerdem geht das Interesse der Anfechtungsberechtigten auf Klärung der Abstammung den Belangen des betroffenen Kindes grundsätzlich vor.

In dem Entwurf wird ein sachgerechter Interessenausgleich vorgenommen:

Die anfechtungsberechtigte Person erhält einen Anspruch gegen das Kind oder die andere anfechtungsberechtigte, in den Test einzubeziehende Person auf Durchführung des Tests. In den weit überwiegenden Fällen (zweifelnder Vater) wird der rechtliche Vater zur Durchführung der gendiagnostischen Abstammungsuntersuchung eine Genprobe des Kindes benötigen. In den wenigen Fällen, in denen die Mutter Zweifel über die Abstammung klären lassen will, muss der Untersuchung Material des Kindes und des rechtlichen oder biologischen Vaters zu Grunde gelegt werden. Der Anspruch richtet sich auf Einwilligung in den Test und Gewinnung der hierfür erforderlichen genetischen Probe.

Aus der Grundrechtsabwägung ergibt sich, dass der Anspruch des Anfechtungsberechtigten in der Regel zu erfüllen sein wird. Deshalb wird gegen den Anspruch nur der Einwand des Rechtsmissbrauchs möglich sein, der sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt. Damit wird in dem Regelfall, in dem das Kind minderjährig ist und deshalb durch die Sorgeberechtigten vertreten werden muss, vermieden, dass eigene Interessen des Sorgeberechtigten die für das Kind zu treffende Entscheidung überlagern. Rechtsmissbrauch wird vor allem in der Fallgruppe des eigenen widersprüchlichen Verhaltens des Anspruchstellers vorliegen können. Außerdem können besondere Lebenslagen und Entwicklungsphasen, in denen sich das Kind befindet, es im Einzelfall rechtfertigen, wegen besonderer Gefährdung des Kindeswohls für begrenzte Zeit von der Eröffnung eines Verfahrens abzusehen, mit dem dem Recht des Mannes auf Kenntnis der Abstammung des Kindes von ihm zur Durchsetzung verholfen werden soll (vgl. BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2007 – 1 BvR 421/05 –, a. a. O.).

Das minderjährige, nicht einwilligungsfähige Kind kann nicht selbst handeln. Die Entscheidung über die Erfüllung des Anspruchs (Zustimmung zum Test und Gewährung der genetischen Probe) oder die Erhebung des Einwands des Rechtsmissbrauchs müssen für das Kind bei gemeinsamer Sorge die beiden sorgeberechtigten Elternteile oder bei Alleinsorge der Mutter die allein sorgeberechtigte Mutter fällen. Hierzu enthält der Entwurf klarstellende Regelungen:

Werden sich die gemeinsam sorgeberechtigten Elternteile nicht einig, kann vor dem Familiengericht ein Verfahren nach § 1628 Abs. 2 Satz 1 BGB-E durchgeführt werden: Das Familiengericht kann einem Elternteil die Entscheidung übertragen. Dieser Elternteil übt dann nach § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB das Sorgerecht insoweit allein aus, ohne dass der andere ein Vetorecht hätte. Das familiengerichtliche Verfahren ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 621a Abs. 1 der Zivilprozeßordnung – ZPO). Es ist damit flexibel und unbürokratisch. Bei Bedarf kann für das Kind ein Verfahrenspfleger bestellt werden, der dessen Rechte wahrnimmt (§ 50 Abs. 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FGG). Das Gericht muss, bevor es entscheidet, auf eine Einigung der Eltern hinwirken, weil es dem Familienfrieden in der Regel dienlicher ist, wenn bei Meinungsverschiedenheiten keine förmliche gerichtliche Entscheidung ergeht (§ 52 FGG). Auch insoweit ist die Regelung familienschonend und dialogfördernd, weil sie den Streit in ein Sorgerechtsverfahren einbettet. Wenn eine einvernehmliche Lösung auch vor Gericht nicht erzielt werden kann und das Gericht die Entscheidung über die Einwilligung dem antragstellenden Elternteil überträgt, kann es zugleich Auflagen zur Durchführung der Untersuchung treffen (§ 1628 Abs. 2 Satz 2 BGB-E). Es kann damit eine schonende Umsetzung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung sicherstellen.

Ist die Mutter allein sorgeberechtigt, kann ihr das Familiengericht nach geltendem Recht unter bestimmten Voraussetzungen die Vertretung des Kindes für einzelne Angelegenheiten entziehen (§ 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB). Würde dies auch für das Verfahren nach § 1600f BGB-E gelten, müsste für das Kind ein Ergänzungspfleger bestellt werden (§ 1909 BGB), dem die Entscheidung über die Erfüllung des Anspruchs oder die Geltendmachung des Einwands des Rechtsmissbrauchs obläge. Die Einschaltung eines Dritten, der außergerichtlich tätig wird, birgt jedoch zusätzlichen Streitstoff; es kann zu erheblichen Verzögerungen bei der Durchführung der Abstammungsuntersuchung oder gar zu einem neuen gerichtlichen Verfahren kommen, was für alle Beteiligten eine Belastung bedeutet. Das Gericht soll daher die Auseinandersetzung umfassend lösen, indem es die Einwilligung ersetzt und nötigenfalls Anordnungen zur Durchführung trifft (§ 1629 Abs. 2 Satz 4 BGB-E). Auch dieses Verfahren ist ein familiengerichtliches Verfahren; dem Kind kann zur Geltendmachung seiner Rechte ein Verfahrenspfleger zur Seite gestellt werden. Außerdem hat das Gericht nach § 1697a BGB diejenigen Entscheidungen zu treffen, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entsprechen. Hierdurch ist es dem Gericht möglich, die Ersetzung der Einwilligung zunächst zurückzustellen, wenn eine besondere Gefährdung des Kindeswohls dies gebietet.

In wenigen, praktisch kaum relevanten Fällen wird sich der Anspruch gegen einen Volljährigen richten. Denkbar ist dies, wenn die Mutter den Anspruch verfolgt und der biologische oder rechtliche Vater nicht zur Gewährung der Genprobe bereit ist, oder wenn ein volljähriges Kind das Verfahren betreiben möchte. Der Gesetzentwurf sieht davon ab, das Verfahren dem Familiengericht zuzuweisen, so dass die Zivilgerichte zuständig sind. Zum einen wird hier zur Durchsetzung des Anspruchs praktisch die Zwangsvollstreckung zu eröffnen sein. Außerdem wird in der anstehenden FGG-Reform mit der Schaffung des Großen Familiengerichts eine umfassende Neuordnung der Verfahrensgegenstände des familiengerichtlichen Verfahrens vorgenommen werden. Dem soll hier nicht vorgegriffen werden.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (bürgerliches Recht).

II. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Inhaltsübersicht)

Es handelt sich um eine durch Einfügung des § 1600f bedingte Folgeänderung.

Zu Nummer 2 (§ 1600f – neu –)

§ 1600f gewährt einen Anspruch auf Durchführung der gendiagnostischen Abstammungsuntersuchung für den Anfechtungsberechtigten im Sinne von § 1600. Die Einräumung des Anspruchs sichert zum einen den gewünschten Dialog in der Familie. Der Anspruch muss zu seiner Verwirklichung – in der Regel vom rechtlichen Vater – gegenüber dem Anspruchsgegner – dem minderjährigen Kind – geltend gemacht werden. Für das Kind wird die allein- oder mitsorgeberechtigte Mutter zu handeln haben. Der Anspruch sichert zum anderen die praktische Durchführbarkeit des Tests. Der Anspruchsberechtigte erhält neben dem Anspruch auf Einwilligung in die gendiagnostische Untersuchung einen Anspruch auf Gewinnung der notwendigen Genprobe, die sodann nach den anerkannten Standards vom Genlabor dokumentiert und vorgenommen werden kann.

Schon aus der Grundrechtsabwägung ergibt sich, dass der Anspruch zur Klärung der Abstammung in der Regel bestehen wird. Ihm kann deshalb nur der aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleitende Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden. Rechtsmissbrauch kann in erster Linie in der Fallgruppe des eigenen widersprüchlichen Verhaltens des Anspruchsberechtigten vorliegen. Denkbar ist etwa, dass bereits mehrfach ein Test die biologische Vaterschaft des rechtlichen Vaters erwiesen hat, dieser aber gleichwohl auf einer neuen Untersuchung besteht. Außerdem können es besondere Lebenslagen oder Entwicklungsphasen des Kindes im Einzelfall rechtfertigen, wegen einer besonderen Gefährdung des Kindeswohls die Entscheidung über die Durchführung einer Abstammungsuntersuchung für begrenzte Zeit zurückzustellen (vgl. § 1697a).

Im Ergebnis wird also in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht möglich sein.

Zu Nummer 3 (§ 1628 Abs. 2 – neu –)

Sind beide Elternteile gemeinsam sorgeberechtigt, müssen sie auch gemeinsam über die Erfüllung des Anspruchs aus § 1600f entscheiden. Widerspricht die Mutter, kommt eine Einigung nicht zustande. Es bietet sich deshalb an, für diesen Fall das Verfahren nach § 1628 für anwendbar zu erklären. Auf Antrag des Vaters oder der Mutter kann das Familiengericht die Entscheidung einem der beiden Elternteile allein übertragen. Die Vorschrift hat klarstellende Funktion. Die Verfahrensregeln des FGG, die zur Anwendung gelangen, sind für die zu entscheidende Fallkonstellation hervorragend geeignet.

Wenn eine einvernehmliche Lösung auch vor Gericht nicht erzielt werden kann und das Gericht die Entscheidung über die Einwilligung dem antragstellenden Elternteil überträgt, kann es zugleich Auflagen zur Durchführung der Untersuchung treffen. Es kann damit eine schonende Umsetzung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung sicherstellen.

Zu Nummer 4 (§ 1629 Abs. 2 Satz 4 – neu –)

Ist ein Elternteil allein sorgeberechtigt, sollte anstelle einer bereits nach geltender Rechtslage möglichen teilweisen Entziehung der Vertretungsbefugnis nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 die Ersetzung seiner Zustimmung durch das Familiengericht vorgesehen werden. Die ansonsten notwendige Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909) wird hierdurch vermieden. Das Gericht kann abschließend über den Anspruch entscheiden, was zu einer möglichst schnellen Befriedung beiträgt. Darüber hinaus soll es auch Anordnungen zur Umsetzung des Anspruchs treffen können, um erneuten Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten vorzubeugen. Dies wird durch den Verweis auf § 1628 Abs. 2 Satz 2 sichergestellt. So kann das Gericht einer Mutter z. B. aufgeben, mit ihrem Kind zu einer bestimmten Zeit das vom Vater zu beauftragende Diagnoseinstitut zwecks Probenentnahme aufzusuchen. Die gerichtlichen Anordnungen können notfalls über § 33 FGG durchgesetzt werden. In jedem Fall ist das Gericht gehalten, das Kindeswohl besonders im Auge zu behalten (§ 1697a).

Zu Nummer 5 (§ 1673 Abs. 2 Satz 3)

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die durch Ergänzung des § 1628 um einen Absatz 2 veranlasst ist.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.

Anlage 2

Stellungnahme der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zum Gesetzentwurf des Bundesrates wie folgt Stellung:

Die Bundesregierung begrüßt grundsätzlich die Zielsetzung des Gesetzentwurfs, eine außergerichtliche, notfalls aber gerichtlich durchsetzbare Möglichkeit zur Klärung der Abstammung zu schaffen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2007 (1 BvR 421/05) dem Gesetzgeber ausdrücklich aufgegeben, bis zum 31. März 2008 ein Verfahren bereitzustellen, mit dem die Abstammung eines Kindes geklärt werden kann, ohne dass zugleich ein gerichtliches Anfechtungsverfahren durchgeführt werden muss.

Die Bundesregierung wird hierzu einen eigenen Gesetzentwurf (Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren) vorlegen. Die Bundesministerin der Justiz hat Ende März 2007 bereits die Eckpunkte für diesen Gesetzentwurf vorgestellt, der Gesetzentwurf selbst wird im Mai 2007 den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme übersandt und soll noch in der ersten Jahreshälfte 2007 vom Kabinett beschlossen werden.

Der vorliegende Gesetzentwurf des Bundesrates zielt nach Auffassung der Bundesregierung in die richtige Richtung. Er löst aber nicht alle relevanten Problempunkte und wird den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen nicht in vollem Umfang gerecht.

Zu Artikel 1

Zu den Nummern 1 und 2 (§ 1600f – neu –)

Der Vorschlag, den anfechtungsberechtigten Personen einen Anspruch gegeneinander auf Einwilligung in eine gendiagnostische Abstammungsuntersuchung zu geben, wird grundsätzlich begrüßt. Er entspricht in den Grundzügen dem von der Bundesregierung geplanten Gesetzentwurf.

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf des Bundesrates können rechtlicher und biologischer Vater sowie die Mutter den Anspruch auf Einwilligung in die Abstammungsuntersuchung gegen das Kind geltend machen. Gleichfalls haben Mutter und Kind einen Anspruch gegen den rechtlichen oder biologischen Vater. Ein Anspruch von Vater oder Kind gegen die Mutter auf Einwilligung besteht hingegen nicht. Das ist unter folgenden Gesichtspunkten problematisch: Zwar erlaubt nach dem heutigen Stand der Wissenschaft in den meisten Fällen bereits die Untersuchung der genetischen Proben von Vater und Kind eine nahezu sichere Feststellung der Abstammung bzw. ihren nahezu sicheren Ausschluss. Bei fehlender mütterlicher Genprobe (so genannter Defizienzfall) besteht jedoch ein Unsicherheitsfaktor. Entsprechend wird bei gerichtlich eingeholten Abstammungsgutachten im Rahmen von Vaterschaftsanfechtungsverfahren stets auch eine Untersuchung der genetischen Probe der Mutter angeordnet. Sofern sich an die Einholung eines privaten Abstammungsgutachtens auf der Grundlage des hier neu eingeführten Anspruchs ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren anschließt, ist zu prüfen, inwieweit das Abstammungsgutachten im gerichtlichen Verfahren weiter verwendet werden kann. Nach geltender Rechtslage kann das Gericht das private Gutachten gemäß § 284 Satz 2 der Zivilprozessordnung – ZPO mit Einverständnis der Parteien verwerten. Das wird es aber nur dann tun, wenn das Gutachten den Qualitätsanforderungen entspricht, die das Gericht an ein von ihm eingeholtes Abstammungsgutachten anlegen würde. Dazu gehört unter anderem auch die Untersuchung einer Probe der Mutter. Hierauf besteht jedoch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf kein Anspruch. Im Unterschied hierzu wird der beabsichtigte Gesetzentwurf der Bundesregierung einen Anspruch auf Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung auch gegen die Mutter vorsehen.

Erörterungsbedürftig ist aus Sicht der Bundesregierung auch, dass der potentielle leibliche Vater, der nicht der rechtliche Vater des Kindes ist (so genannter biologischer Vater), nach dem vorliegenden Gesetzentwurf zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören soll. Zwar ist auch dem mutmaßlichen biologischen Vater ein Interesse an der Klärung der Abstammung nicht abzusprechen. Ihm ist es aber zuzumuten, den Weg über das Anfechtungsverfahren zu gehen (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2), da nur so sichergestellt ist, dass er gegebenenfalls Verantwortung für das Kind übernehmen wird (§ 640h Abs. 2 ZPO).

Zu Nummer 3 (§ 1628)

Die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über die Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung auf einen Elternteil durch das Familiengericht ist ein gangbarer Weg. In sich nicht ganz konsistent sind die Regelungen allerdings dadurch, dass bei Alleinsorge eines Elternteils doch das Gericht direkt über die Erteilung der Einwilligung entscheidet (Nummer 4). Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wird das Verfahren vereinheitlichen, indem in allen Fällen das Gericht direkt über die Ersetzung der Einwilligung entscheiden soll.

Problematisch ist der vorliegende Gesetzentwurf insbesondere deshalb, weil keine ausdrücklichen Regelungen zum Schutz des Kindeswohls vorgesehen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2007 ausgeführt, dass besondere Lebens- und Entwicklungsphasen des Kindes es im Einzelfall rechtfertigen können, für begrenzte Zeit von der Eröffnung eines Klärungsverfahrens abzusehen. Ausweislich der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs sollen diese Anforderungen dadurch erfüllt sein, dass bereits nach geltender Rechtslage in § 1697a das Gericht bei allen Entscheidungen das Kindeswohl zu beachten hat. Dabei wird allerdings übersehen, dass bei einer Anwendung des § 1697a das Gericht immer die für das Kind beste Lösung wählen müsste. Die Einschränkung des Klärungsanspruchs wäre damit gerade nicht – wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert – auf besondere Ausnahmesituationen beschränkt. Nach Auffassung der Bundesregierung müssen im Rahmen des Klärungsan-

spruchs ausdrückliche Regelungen zum Schutz des Kindes in Ausnahmesituationen geschaffen werden. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wird insoweit vorsehen, dass in solchen Fällen das gerichtliche Verfahren auszusetzen ist.

Zu Nummer 4 (§ 1629)

Auch bei der Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht, die für den Fall der Alleinsorge vorgesehen ist, sieht der vorliegende Gesetzentwurf keine ausdrücklichen Schutzmechanismen für das Kindeswohl vor. Die Anwendung des § 1697a, der nach der Begründung herangezogen werden soll, unterliegt zusätzlich zu den oben ausgeführten Problemen (keine Beschränkung auf Ausnahmefälle) folgenden Bedenken: § 1697a gilt nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur für die „in diesem Titel“, d. h. für die in Titel 5 – Elterliche Sorge – des BGB geregelten Angelegenheiten. Zwar ist nach dem vorliegenden Vorschlag die Entscheidungsbefugnis des Gerichts in § 1629, d. h. in diesem Titel, geregelt. Der Anspruch selbst findet sich jedoch in Titel 2 – Abstammungsrecht. Für Entscheidungen in diesem Bereich gilt § 1697a nicht. Es ist daher äußerst fraglich, ob die Vorschrift auf die Entscheidung des Gerichts in diesem Rahmen überhaupt anwendbar sein kann. Die Hinweise des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 13. Februar 2007, bei besonderer Gefährdung des Kindeswohls gegebenenfalls Schutzmechanismen vorzusehen, werden damit nur unzureichend umgesetzt.

Außerdem ist die gerichtliche Zuständigkeit unklar. Nach § 23b des Gerichtsverfassungsgesetzes – GVG – entscheiden die Familiengerichte in Familiensachen. Das sind auch Verfahren im Bereich der elterlichen Sorge, soweit nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs hierfür das Familiengericht zuständig ist. In § 1628, der für die Einwilligung der Eltern bei gemeinsamem Sorgerecht gelten soll (s. o.), ist das Familiengericht ausdrücklich genannt. In § 1629 BGB fehlt jedoch eine solche Zuständigkeitszuweisung an das Familiengericht, so dass nach dem Wortlaut des Gesetzes in diesem Fall mangels anderweitiger Zuweisung die Zivilgerichte zuständig wären.

Da der Gesetzentwurf keine Zuständigkeitsregelungen für die Situation vorsieht, in der Klage gegen ein volljähriges Kind oder von einem Kind gegen den rechtlichen oder biologischen Vater auf Erteilung der Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung erhoben wird, wären in diesen Fällen die Zivilgerichte zuständig.

Der beabsichtigte Gesetzentwurf der Bundesregierung vermeidet eine solche Zuständigkeitsspaltung, indem durch entsprechende Änderungen im Verfahrensrecht stets die Familiengerichte für die Entscheidung über die Ersetzung einer Einwilligung zuständig sind.

Fehlende Änderungen im Vaterschaftsanfechtungsverfahren

Abschließend möchte die Bundesregierung darauf aufmerksam machen, dass der vorliegende Gesetzentwurf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren (§ 1600 ff. BGB) vollständig unberührt lässt und sie dies aus folgenden Gründen für bedenklich hält:

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2007 ausgeführt, dass der Gesetzgeber „gehalten“ ist, dafür zu sorgen, dass das verfassungsrechtlich geschützte Interesse des Kindes am Gesetzentwurf seiner rechtlichen und sozialen Familie im Bereich der Vaterschaftsanfechtung berücksichtigt wird. Der geplante Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht deshalb eine Vorschrift vor, mit der verhindert werden soll, dass die nunmehr durch das Klärungsverfahren leichter zu erwerbende Kenntnis davon, nicht biologischer Vater zu sein, auch dann unmittelbar auf das Anfechtungsverfahren durchschlägt, wenn durch die Anfechtung das Kindeswohl erheblich beeinträchtigt wird. Ohne eine solche Regelung dürfte der vorliegende Gesetzentwurf den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht in genügender Weise entsprechen.

Weiterhin sind nach dem vorliegenden Gesetzentwurf Fälle denkbar, in denen durch ein – legales – privates Abstammungsgutachten festgestellt wird, dass der rechtliche nicht der biologische Vater ist. Wenn dieser nun vorher trotz bestehender Zweifel an der Abstammung die Anfechtungsfrist hat verstreichen lassen, um die soziale Familie aufrechtzuerhalten, bleibt ihm eine Vaterschaftsanfechtung verwehrt. Die in solchen Konstellationen denkbaren Härten werden durch den vorliegenden Gesetzentwurf nicht berücksichtigt, so dass die Gefahr besteht, dass der Zweck der Anfechtungsfrist, die soziale Familie zu schützen, zum Selbstzweck wird. Der geplante Gesetzentwurf der Bundesregierung wird daher vorsehen, dass in solchen Fällen die zweijährige Anfechtungsfrist erneut zu laufen beginnt, wenn das Kindeswohl dadurch nicht erheblich beeinträchtigt wird.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333